HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作物利用のための手段を提供する者に対する差止め
Author(s)	佐藤, 豊
Citation	知的財産法政策学研究, 2, 77-92
Issue Date	2004-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43405
Type	departmental bulletin paper
File Information	2_77-92.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

著作物利用のための手段を提供する者に対する差止め

佐　藤　　豊

1．はじめに

デジタル技術の発展によって、誰もが著作物を簡単に複製できるようになり、かつ、その複製物を劣化させずに利用することが可能になった。くわえて、インターネットの普及により、ウェブサイトを閲覧したり（著作物を含む構成ファイルを自己の端末に複製する）、運営する（著作物を用いて構成ファイルを作成し送信可能化する）ことが可能になった。また、著作物を物理的に利用せず、そのための手段を提供する行為も多様化している。たとえば、カラオケ装置を防音設備の整った部屋に設置して楽曲の歌唱を望む者から対価を徴収したり（いわゆるカラオケボックス）、漫画等を多数準備して閲覧を望む者から対価を徴収する行為（いわゆるマンガ喫茶）などがあげられる。くわえて、著作物を利用するための設備と組み合わされたソフトウェアの提供（e.g.ファイル交換ソフトの提供）も盛んに行われるようになっている。

これらのことは、末端の著作物の利用（たとえば個人レベルでの著作物の利用）が増加したことを示している。著作権侵害を法定の利用行為（著作権法21条ないし28条と113条に規定される行為を指す）[*1] に限る見方もあるが、著作物の利用価値に応じた対価が著作権者に還流されなければ、創作活動のインセンティヴが不足しかねない。本稿では、特に著作物利用のための手段を提供する行為に対する差止めの規律を検討することにしたい。損害賠償に関する検討は他日を期することとする。

2．裁判例と学説の分析

裁判例のなかには、著作物を利用するための手段の提供につき、たとえそれが物理的には著作権法所定の利用行為でなくとも、損害賠償請求や、さらには差止請求を認容するものがある。もっとも、その論理構成は分かれており、著作物の利用の手段を提供する行為(e.g.カラオケ店の経営)を著作物の利用(e.g.カラオケ客の歌唱)と同視して、著作権侵害を肯定するもの（以下、便宜上「侵害擬制説」という。）と、著作物の利用の手段を提供する行為を著作権侵害の幇助行為と評価し、著作権法112条を根拠に当該行為の差止めを認めるもの(以下、便宜上「差止拡大説」という。）という二つのタイプがある。

前者の侵害擬制説は、名古屋高決昭和35．4．27下民集11巻4号940頁[中部観光間接強制即時抗告審]に端を発する。この事件は、JASRACが、キャバレー等の社交場の経営者に対し当該キャバレー等に常置した楽団による音楽著作物の演奏を演奏権侵害として、音楽著作物の使用の停止を求めた事案である。同決定は、キャバレー等に常置した楽団による音楽著作物の演奏がキャバレー等の営業主の営業計画に従いその指図によって為されるものであり、演奏曲目も営業主が自由に支配しうる状態で行われていることと、キャバレー等の社交場営業の性格からしてその演奏は営業の不可欠要素であることを理由に、キャバレー等における演奏の主体を営業主と擬制し、営業主の演奏権侵害を肯定した。

この論理は、以後射程を拡大して用いられることになる。たとえば、音楽公演の企画者に対して、その企画に基づいて演奏が行われ、利益を得る地位にあることを理由に、演奏の主体であるとして、演奏の差止めを内容とする仮処分命令が下されたもの(東京地判昭和54．8．31無体集11巻2号439頁[ビートル・フィーバー][*2])、バレエの公演で、入場料金等を決定し、演目についても協議する等の関わりを持った主催者を上演の主体であるとして、損害賠償請求を認容したもの（東京地判平成10．11．20知裁集30巻4号841頁[我々のファウスト][*3]）がある。

また、カラオケに関する事例として、最判昭和63．3．15民集42巻3号199頁[クラブキャッツアイ上告審]がある[*4]。この事件では、カラオケスナックの経営者が無許諾で客に音楽著作物を歌唱させたことを理由として、JASRACが経営者に対して演奏権侵害に基いて損害賠償請求をなしうるか否かが問題となった[*5]。その背景には、カラオケスナックでは物理的に著作物を利用する(歌唱する)のは客であり、客による歌唱は著作権法38条1項により演奏権侵害とはならず、くわえて、カラオケテープによる伴奏は店が提供していたものの、当時は1999年改正前著作権法附則14条により録音物の再生による伴奏には権利行使が及ばなかったという事情がある[*6][*7]。最高裁は、客の歌唱に対するカラオケスナックの経営者による「管理」と、客の歌唱によるカラオケスナックの経営者への「営業上の利益の帰属」の二つが存在することを理由に、カラオケスナックの経営者を演奏権侵害の主体と擬制した[*8][*9]。「客のみが歌唱する場合でも、客は、…上告人ら(筆者注:カラオケスナックの経営者)の従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気を醸成し、客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであつて、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌唱と同視しうる」というのである[*10]。

この流れを汲むものに、ウェブ上のファイル交換サーヴィスの利用者が当該サーヴィスを利用してMP3ファイルを無許諾で公衆送信した場合[*11]に、サーヴィス提供者を公衆送信権侵害の主体と認めた裁判例(東京地決平成14．4．11判時1780号25頁[ファイルローグ著作権仮処分]、東京地判平成15．1．29判時1810号29頁[ファイルローグ著作権(中間判決)]、東京地判平成15．12．17判時1845号36頁［ファイルローグ著作権(終局判決)]）がある[*12]。これらの裁判例は、当該サーヴィスのうちMP3ファイルの交換に用いられる部分[*13]を捉え、当該サーヴィスの提供によって、利用者の著作権(公衆送信権)侵害行為を管理し(管理性)、当該サーヴィスの利用に必要不可欠なソフトウェアを入手するためのウェブサイトから広告収入を得ていた(利益性)として、サーヴィス提供者を公衆送信権侵害の主体とした。しかし、この事件においては、同要件はだいぶ稀釈化されていると言ってもよいだろう。サーヴィス利用者の送信可能化行為の数とサーヴィス提供者が受ける利益が対応関係にないにもかかわらず、利益性の要件を充足す

ると認定されているからである[*14] [*15]。

一方、後者の差止拡大説の裁判例として、最近、カラオケリース業者に対して、リース先からのカラオケ装置の回収を命じた判決が現れた(大阪地判平成15．2．13判時1842号120頁[ヒットワン])[*16]。同判決は、「…侵害の幇助行為を現に行う者であっても、①幇助者による幇助行為の内容・性質、②現に行われている著作権侵害行為に対する幇助者の管理・支配の程度、③幇助者の利益と著作権侵害行為との結び付き等を総合して観察したときに、幇助者の行為が当該著作権侵害行為に密接な関わりを有し、当該幇助者が幇助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幇助行為を中止して著作権侵害の事態を除去できるような場合には、当該幇助行為を行う者は侵害主体に準じるものと評価できるから、著作権法112条１項の『著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者』に当たる」とした。具体的には、①リース業者は、リース先が音楽著作物を利用するために必要不可欠なカラオケ装置を提供していること、②リース契約を締結する際に、リース先と JASRAC との著作物使用許諾契約の有無を確認すべき条理上の注意義務を怠って同装置を引渡し、その後も、リース先が同装置を用いて無許諾で音楽著作物を利用していることを知りながら、契約を解除して同装置の停止・引揚げの措置をとるべき条理上の注意義務に反して放置していること、③同装置について、作動を制御する手段を有していること、④リース業者が得るリース料は、リース先の侵害行為と密接な結び付きのある利益であることの四点を斟酌して、同判決は、リース業者はリース先の侵害行為の主体に準じる立場にあると評価できる幇助行為を行っており、かつ、当該幇助行為を中止することにより著作権侵害状態を除去できる立場にあると認定し、リース業者に対する著作権法112条１項に基づく差止請求を認容したのである。

ところで、本判旨が指摘する条理上の注意義務とは、最判平成13．3．2判時1744号108頁[ナイトパブ G7上告審][*17] [*18]の説示を受けたものである。前掲最判［ナイトパブ G7上告審］は、JASRAC が原告となって、著作物使用許諾契約を締結していないカラオケ店に対してカラオケ装置をリースしていた業者に対し、リース契約を締結する際の注意義務を怠ったとして損害賠償を求めたというものである[*19]。最高裁は、「カラオケ装置のリース業者は，カラオケ装置のリース契約を締結した場合において，当該装置

が専ら音楽著作物を上映し又は演奏して公衆に直接見せ又は聞かせるために使用されるものであるときは，リース契約の相手方に対し，当該音楽著作物の著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結すべきことを告知するだけでなく，上記相手方が当該著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたことを確認した上でカラオケ装置を引き渡すべき条理上の注意義務を負う」として請求を認容した。

さて、前掲大阪地判［ヒットワン］は、侵害行為の幇助者を直接侵害者と擬制せず、著作権法112条を根拠に差止請求を認容した最初の例ということができる。この判旨では、前掲最判［ナイトパブ G7上告審］で示された条理上の注意義務が、リース業者にそのような不作為債務があるという命題を導く際の前提とされている。リース先のカラオケ店の著作権侵害を知りながら、侵害に必要不可欠なカラオケ装置をリースし管理する行為から対価を得る者を著作権法112条にいう侵害者としているからである。著作物の直接の利用者にその種の注意義務がない場合にまで判旨の射程が及ぶか否かということは、不分明であるといわざるを得ない。また、侵害行為の手段を提供する者が負う条理上の注意義務の範囲に関しても問題となろう[*20]。

著作物利用の手段を提供する者の責任に関して、学説では、単なる教唆・幇助者には差止請求が認められないとの所論がある一方[*21]、そのような者に対して、より広く一般的に差止めを認める見解がある。鎌田薫「第２節　民法理論からの検討」[*22]は、著作権法112条１項は、広く著作権等の侵害行為一般に差止請求をなしうると定めており、幇助行為であってもそれが著作権侵害行為と評価される以上は同項の適用を排除すべき理由はないことと、著作権法112条２項は著作権侵害行為の幇助行為をも差止請求となしうることを当然の前提として定められていることの二点を理由として、著作権法112条に基づいて物理的に著作物を利用する行為の幇助者に対する差止めを認めるべきとする。ただし、幇助者において侵害行為を認識し、または認識することが可能であったのに認識しなかったという主観的な要件が付加されざるを得ないとする。また、後藤勝也「マルチメディア社会における著作権の『間接侵害』」[*23]は、差止請求は、著作権の排他性を根拠とするから、当該行為者に「侵害主体性」を認めてその行為を除去することが権利侵害又はそのおそれの防止に効果があるか否か

という観点から決せられるべきであり、したがって、差止請求の相手方は、著作権侵害又はそのおそれを直接惹起しているものに限らず、そのような侵害状態を除去しうべき地位にある者であるとする。この説は、著作権法21条ないし28条及び113条の侵害主体とは別に、112条独自の侵害主体を観念することで、著作物利用のための手段を提供する者に対する差止めを試みている。これらの説については後に検討する(後述３(2)参照。)。

３．著作権法所定の利用行為のための手段を提供する者に対する差止め

(1) 前提となる価値判断

無許諾の法定の利用行為に何らかの形で関与した者に対しても、その態様によっては、差止請求は認められるべきであろう（講学上、「間接侵害」として分類される[*24]）。著作権の行使が制限されている利用（e.g.客によるカラオケ歌唱）が増大し、そこに無視できない利益(e.g.客にカラオケの歌唱をさせることによって得られる利益）が発生した場合、発生した利益が著作権者に還流しなければ創作のインセンティヴが削がれてしまう[*25]。くわえて、そのような場合に、差止請求に服する者を直接侵害者に限定すると、紛争解決の実効性が失われ、著作権者の利益を十分に確保することができなくなるだろう。少数の者の行為（e.g.利用者に無許諾の公衆送信を引き起こすファイル交換サーヴィスの提供）によって直接侵害者が多数発生する場合に関しても同様の理が当てはまる。いずれについても、当該行為者に全くの善意で何ら非難するに値するところがなかったとしても、それにより著作権者の利益を損なうことが明らかになった際には、当該行為を停止すべきといえよう。

(2) 差止めを認める論理の検討

従前の裁判例や学説では、侵害擬制説と差止拡大説という二つのタイプのものがあがっている。しかし、本稿では、それぞれ妥当する紛争類型は異なるのではないかと考えている。以下、敷衍する。

第一の紛争類型のタイプは、物理的に著作物を利用する者の他に、著作物の利用に関する決定権限を有している者がいる場合であり、後者に対して差止めを認めなければ、紛争解決の実効性を確保できないという類型である(たとえば、前掲名古屋高決[中部観光間接強制即時抗告審]、前掲最判[クラブキャッツアイ上告審]など)。この場合に、決定権限を持つ者(e.g.キャバレーの経営者)に対する差止訴訟の提起を認めず、物理的に著作物を利用する者（e.g.キャバレー専属の楽団）を相手取らなければならないと帰結してしまうと、差止訴訟で敗訴した直接の利用者をして判決効と決定権者からの指揮命令との間で板挟みに遭わせることとなる。しかも、決定権限を持つ者が物理的に著作物を利用する者を変更した場合に、再度の差止訴訟を要することになり、紛争の終局的解決を妨げる。したがって、著作物の利用に関する決定権を有する者に対して、直接差止請求をなすことを可能とする論理を構築することが望まれる。侵害擬制説は、まさにこの役割を果たすものとして、再構成されるべきであろう。

侵害擬制説は管理性と利益性の二つの要件を課しているが、後者の要件は不要であろう。著作物の利用行為の決定権限を持つ者が営業上の利益を得ていなかったとしても、その者に対して差止判決を下すことによって紛争を実効的に解決できることにかわりはない[*26]。裁判例にも利益性の要件を形骸化させたものがあることは既に述べたとおりである。

第二の紛争類型は、物理的な著作物の利用を誘発する手段が物理的な利用者以外の者に管理されているために、この管理者に対する差止めを認めなければ紛争の実効的な解決を図ることができない類型である(たとえば、前掲東京地決［ファイルローグ著作権仮処分］、前掲東京地判［ファイルローグ著作権(中間判決)］、前掲東京地判［ファイルローグ著作権(終局判決)］、前掲大阪地判［ヒットワン］など)。この場合に、物理的な著作物の利用を誘発する手段を管理する者（e.g.ファイル交換サーヴィスの提供者)に対しては差止めを請求することができず、逐一、物理的な利用者(e.g.サーヴィス利用者）を掴まえなければならないとすれば、紛争の実効的な解決を得ることが難しくなるだろう。なぜならば、個々の利用者の行為を差止めたところで、誘発手段の提供が続くのであれば、新たな利用者が次々と現れてしまい、いたちごっこになりかねない。特に、直接の利用者が多数存する場合などには、むしろ、元となる誘発手段の提供を差止めることで、紛争を一回的に解決することが求められよう[*27]。よって、前述した鎌田説及び後藤説がとった結論に軍配が上がることになろう。

第一の類型が人的関係（具体的には、著作物の利用者と利用の決定権限

を持つ者の関係）に着目したものであったのに対し、第二の類型は、いわば物的な手段の提供に着目した紛争類型ということができる。従来の裁判例のなかには、ともすれば第一の類型に適した構成である人的関係に着目する侵害擬制説をこの類型に及ぼそうとするものがなかったわけではない（前掲東京地決［ファイルローグ著作権仮処分］、前掲東京地判［ファイルローグ著作権(中間判決)］、前掲東京地判［ファイルローグ著作権(終局判決)］）。しかし、第二類型に分類される場合では、そもそも物的な手段の提供に着目すべきであるため、直接の利用者に対して、利用の決定権限の有無にかかわらず誘発手段の提供が行われれば、侵害が誘発されてしまう。ゆえに、端的に誘発手段に着目した差止拡大説的な概念構成を立てるべきであろう。物的な手段の提供に着目した立法である特許法101条の間接侵害規定が参考となるというべきである。具体的には、物理的な利用を誘発する手段が、「にのみ」供されることを目的とする場合（e.g. MP3ファイルのみを送受信可能とするファイル交換サーヴィスの提供[*28]。以下、「にのみ型」という。）と、手段自体に侵害と無関係の他の用途もある場合(e.g.侵害にも用いられ得るパソコンの提供や侵害者に対するビルの提供。以下、「汎用型」という。）の二類型に分けて考察されるべきである。

このうち、第一の「にのみ型」に関しては、その提供に対して差止めを認めたとしても、侵害以外に用途がないのであるから、行為者に予測不可能な不利益を課すとはいえないだろう。他方で、第二の「汎用型」の場合には、これに対して差止めを認めてしまうと、侵害とならない他用途までもが停止させられてしまい、必要もないところを行動の自由を過度に制限されるという問題点がある。

したがって、差止請求は、「にのみ型」の提供に限るべきであり、「汎用型」に関しては、直接の利用者に対する差止めをもって対処することし、誘発手段の提供者に対しては、損害賠償請求による抑止を以て十分とすべきと思われる。ただし、「汎用型」の行為から侵害を誘発する部分を分離できる場合(e.g.すべての種類のファイルを交換可能なファイル交換サーヴィスの提供)には、当該部分を「にのみ型」として捉え、その部分に対する差止めを認めるべきであろう。

なお、鎌田説は、著作物を利用するための手段を提供する者に対して差止めを認める場合には、主観的要件を課さざるを得ないと説く。後藤説も、

差止めを認める場合には、著作権侵害が発生しないよう、直接の行為者に適切に指導したか否かを「侵害主体性」の判断の際に参酌するとしている。しかし、「にのみ型」の提供者に関しては、その差止めを認めても不測の事態とは言い難く、主観的要件を課す必要はないものと考える。

4．残された課題

直接侵害とされない理由が、著作権法30条の私的使用のように、権利者に与える影響が微々たるものであるとされることに求められているときは、特別な考慮を要するだろう。私的使用等、著作権法上侵害とされない行為を大量に惹起する場合には著作物の利用価値に応じた対価が著作権者に十分還流されない事態が生じるからである[*29] [*30] [*31]。

かつて、貸与権が新設される以前に、貸レコード店の是非が問われたことがある。貸与権がなければ、貸レコード店の行為で著作権侵害になりそうな行為は見つからない。危機感を覚えたレコード業界は他人に貸与して複製の機会を与える行為は複製権侵害であるとして、直接貸レコード店に対して訴訟を提起した[*32]。また、レコードの卸売業者が貸レコード店への小売販売を理由に小売店へのレコードの供給を停止する行為の是非が争われ、供給停止が有効とされたこともあった（東京地判昭和59．3．29判タ525号305頁[貸レコード]）。結局、貸与権の創設という形で立法的解決をみた[*33] [*34]。

最近では、レコード制作者が、デジタル衛星放送における音楽チャンネルの放送事業者に対しデジタル放送の差止めと損害賠償を請求したという事件があった（東京地判平成12．5．16判タ1057号221頁[スターデジオⅠ][*35]）。この事件で問題となった放送サーヴィスは、詳細な放送スケジュールを受信者に事前に知らせ、しかも多チャンネルで同時に複数の楽曲をフルコーラスで繰り返し流すというものであった。事件の背景には、著作権法上、著作隣接権者であるレコード制作者には、送信可能化権しか認められておらず（著作96条の２）、それ以外の公衆送信、すなわち、有線放送・無線放送などの一斉公衆送信に対する権利が設けられていないという事情がある。ところが、本件のサーヴィスは、定義上、送信可能化には該当しないにもかかわらず（著作２条１項９号の５）、事実上オンデマンド

送信に近い効果がある。そこで、レコード制作者は、同サービスが受信者による録音を惹起しているとして、複製権侵害を主張したのである[*36]。判決は、受信者の録音は私的複製（著作30条１項）であるから侵害に当たらない以上、複製権侵害の問題は生じないとして請求を棄却している。もっとも、傍論で、解釈論の枠を超えているとはするものの、「（著作隣接権者と放送事業者の間の）実質的利益の不均衡は是正されるべきである」との価値判断が示された[*37]。

著作者と利用者の利益の均衡を図るための手法として、禁止権だけではなく報酬請求権をとるという手法もあるのであって、それは立法論といわざるを得ないのかもしれない。そもそも、前掲東京地判［スターデジオＩ］の場合には、放送事業者に対する二次使用料請求権の枠内での解決を模索することも許されよう。

この問題については議論も端緒についたばかりであり[*38]、その立法論的解決については、他日を期すこととしたい。

*1 田村善之『著作権法概説』（有斐閣、第二版、2001年）47頁。

*2 この事件の評釈として、板倉集一「判批」斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』（有斐閣、第３版、2001年）210頁参照。

*3 この事件の評釈として、田村善之「判批」斉藤＝半田＼前掲著作権判例百選3版130頁参照。

*4 前掲最判クラブキャッツアイ上告審の評釈として、半田正夫「判批」ジュリスト911号26頁（1988年）、水野武「判批」ジュリスト911号31頁（1988年）、井上由里子「判批」斉藤博＝半田正夫編『著作権法判例百選』（有斐閣、第２版、1994年）16頁参照。下級審の評釈として、阿部浩二「（福岡高判昭和59．７．５無体集16巻２号463頁［同二審］）判批」ジュリスト821号70頁（1984年）参照。

*5 この請求は附帯控訴によって行われ、二審では差止めと損害賠償請求が認容された（前掲福岡高判クラブキャッツアイ二審）。しかし、差止部分は上告が却下されたため、最高裁は損害賠償請求部分についてのみ判断した。ゆえに、前掲最判の射程がスナック経営者に対する差止請求に及ぶか否かはこの時点では不明確であったといえよう。ちなみに、一審では、中部観光事件と同様、店舗内の無許諾の生演奏を理由として、演奏権侵害に基づく差止めと損害賠償の請求がなされ、一部が認容されている（福岡地小倉支判昭和57．８．31昭和55年（ワ）第847号［クラブキャッツアイ一審］）。

*6 旧著作権法附則14条については、斉藤博『著作権法』（有斐閣、2000年）160頁参照。

*7 店の演奏としてのカラオケテープの演奏に対しては、1999年改正前著作権法附則14条によって権利行使が及ばなかった。そのため、伊藤正己裁判官の少数意見のように、カラオケ伴奏装置を「音楽を鑑賞させるための特別の装置」（1999年改正前著作権施行令附則３条１項参照。）として、附則14条の適用を回避して（田村＼前掲著作権法概説二版176頁参照。）カラオケテープの演奏を店の演奏として侵害を肯定する論理を採ることもできた。しかし、この論理では、カラオケテープに歌詞が入っていない以上、作詞家の著作権の侵害を問うことはできない。田村＼前掲著作権法概説二版189頁参照。

*8 田中豊「カラオケ歌唱室と著作権法」コピライト1999年２月（1999年）24頁参照。

*9 茶園成樹「著作権侵害の行為主体」多胡圭一編『二十一世紀の法と政治　大阪大学法学部創立五十周年記念論文集』（有斐閣、2002年）308頁は、前掲名古屋高決中部観光即時抗告審の場合には、キャバレー経営者を演奏の主体としようが楽団を演奏の主体としようが、過失判断を適正に行えば経営者を不当に扱うことにはならないとする。一方で、前掲最判クラブキャッツアイ上告審の場合に客の歌唱を店の歌唱と擬制すれば、客の歌唱について演奏権を拡張するのと実質的に同様であると指摘する。

*10 本件における差止請求について上告は却下されており、最高裁の前記判示は、損害賠償に対するものではあるが、だからといってそれを傍論とすることはできないだろう。直接の歌唱をした者（客）は営利目的を欠いており、演奏権侵害には当たらない（著作38条１項）ので、カラオケスナックの経営者を演奏権侵害の主体としない限り損害賠償が認められることはない。これが、社交場等における楽団による演奏であれば、当該楽団の演奏は演奏権侵害となるため、社交場の経営者をして演奏権侵害の主体としなくとも（前掲名古屋高決［中部観光間接強制抗告審］参照。）、演奏の幇助者として共同不法行為責任を問いうるのと異なるところである。

*11 サーヴィスにおけるファイルの送受信は以下の手順で行われる。サーヴィスによって電子ファイルを送信できるようにしようとする利用者（以下、「送信者」という。）は、専用ソフトの追加コマンドを実行することによって、送信を可とする電子ファイルを蔵置するフォルダ（以下、「共有フォルダ」という。）を設定し、専用ソフトをインストールしたパソコンが中央サーバに接続されると、共有フォルダに蔵置した電子ファイルのファイル情報ならびに IP アドレスおよびポート番号に関する情報が中央サーバに送信され、共有フォルダ内の電子ファイルは自動的に他の利用者のパソコンに送信できる状態になる（この時点で「送信可能化」状態になる）。一方、受信を希望する利用者（以下、「受信者」という。）は、専用ソフトを起動し

て中央サーバに接続し、キーワードとファイル形式によって、中央サーバに対して、希望する電子ファイルの検索の指示を送信すると、中央サーバから、中央サーバに接続している他の利用者の共有フォルダ内から上記指示に沿ったファイル情報（ファイル名、ファイルパス名、ユーザID、IPアドレスおよびポート番号）が送信される。受信者は、上記の電子ファイルに関する情報の中から取得したいファイルを選択し、「ダウンロード」ボタンをクリックすると、保存先のフォルダを選択する画面が表示され、同画面上の「保存」をクリックすると、そのファイルを蔵置しているパソコンのフォルダから自動的に当該ファイルが送信され（この時点で「自動公衆送信」される）、保存先として設定した受信者のパソコン内のフォルダに自動的に複製される。

*12 前掲ファイルローグ著作権仮処分の評釈として、早稲田由美子「判批」法律のひろば2002年6月号(2002年)40頁、作花文雄「判批」コピライト2002年10月号(2002年)34頁、平嶋竜太「判批」判評526号(2002年)33頁、牧野利秋「判批」NBL750号(2002年)18頁参照。また、前掲東京地判［ファイルローグ著作権(中間判決)］の評釈として、上野達弘「判批」CIPICジャーナル134号(2003年)1頁がある。なお、レコード制作者の公衆送信権についても同様の論理で同様の結論が出されている（東京地決平成14．4．9判時1780号25頁[ファイルローグ著作隣接権仮処分]、東京地判平成15．1．29平成14年(ワ)第4249号[ファイルローグ著作隣接権(中間判決)]、東京地判平成15.12.17［ファイルローグ著作隣接権（終局判決)]）。

*13 音楽ファイルがMP3フォーマットであることを理由に市販CDの違法複製によるものとすることは、過剰差止めにつながると指摘されるかもしれない。すべてのMP3ファイルが違法複製によるものとは限らないからである。しかし、MP3フォーマットは、送受信に便利な比較的小さなファイルサイズで高音質を保っている一方、複製回数の制限や電子透かし等の措置が執られていないため、著作権侵害の温床となっている(現に、前掲東京地決［ファイルローグ著作権仮処分］および前掲東京地判［ファイルローグ著作権(中間判決)］では、ファイル交換サーヴィスで送受信されるMP3ファイルの96.7%が市販CDの違法複製によると認定されている)。くわえて、音楽フォーマットは何もMP3フォーマットに限定されるものではなく、著作権保護機能を有するフォーマットも多数存在する(e.g. wma(Windows Media Audio)フォーマットなど)。MP3フォーマットを禁圧したところで、自らの音楽著作物の公開を欲する者は他のフォーマットを利用することが可能である。ゆえに、紛争解決の実効性の観点からも、MP3ファイル全体の交換差止めを認めるべきである。この事件の差止めの範囲につき、注27も参照。

*14 田村＼前掲著作権法概説二版178頁は、侵害擬制説において利益性の要件は不要であると指摘する。

*15 前掲東京地判[ファイルローグ著作権(終局判決)]は、損害額の算定に際して、「『広告料等収入』がない場合」のJASRACの使用料規定をその根拠とした。その理由について、同判決は、JASRACの管理著作物が送信可能化された曲数または自動公衆送信された回数と、被告が得た広告料等収入との間に厳密な相関関係が存在しないことを挙げた。このような理由付けは、同判決が、許諾料相当額の算定の際に考慮される利益状況と侵害擬制説における利益性の要件の認定の際に考慮される利益状況が一致する必要はないと解していることを表わしているといえよう。このことからも、同判決においては、前掲最判［クラブキャッツアイ上告審］が示した利益性の要件が稀釈化されていることは明らかであろう。

*16 この事件の評釈として、作花文雄「判批」コピライト505号(2003年)40頁、上田洋幸「判批」コピライト514号(2004年)6頁参照。

*17 この事件の評釈として、田村善之「判批」NBL694号(2000年)14頁参照。

*18 もっとも、この事件以前に、下級審では、無許諾営業のカラオケスナックにカラオケ装置をリースし、カラオケの売上金をリース先と折半したカラオケリース業者に対する損害賠償請求を認めるものが存在した(大阪地判平成6.3.17知裁集29巻1号230頁[魅留来一審]、大阪高判平成9.2.27知裁集29巻1号230頁[同二審])。

*19 JASRACは、リース先の店舗が既に閉店していることもあってか、訴訟の途中で差止請求を断念している(角田政芳「カラオケ装置のリースと著作権の間接侵害理論」特許研究22号32頁(1996年))。

*20 ここにいう「条理上の注意義務」の範囲について検討するものとして、田村＼前掲注17判批、辰巳直彦「(前掲最判［ナイトパブG7］)判批」判時1767号(判評516号)175頁(2002年)参照。

*21 そのような所論があることを指摘するものに、角田＼前掲間接侵害理論32頁、作花＼前掲注16判批46頁がある。作花＼前掲判批は、そのような所論があることを指摘したうえで、前掲大阪地判［ヒットワン］が差止拡大説を採ったことについて賛意を示している。

*22 鎌田薫「第2節　民法理論からの検討」寄与侵害・間接侵害委員会『寄与侵害・間接侵害に関する研究』(著作権情報センター、2001年)59頁。

*23 後藤勝也「マルチメディア社会における著作権の『間接侵害』」コピライト1997年9月号(1997年)56頁。

*24 「間接侵害者」に対する差止請求を肯定する見解として、後藤＼前掲間接侵害56頁、田村＼前掲著作権法概説二版178頁、鎌田＼前掲民法理論59頁、久保田裕＝葛山博志「ファイル交換ソフトを利用した著作権侵害の実態と著作権の執行における若干の問題について」森泉章刊行委員代表『著作権法と民法の現代的課題―半田正夫先生古稀記念論集―』(法学書院、2003年)355頁、否定する見解として、茶園＼前掲行為主体295頁がある。もっとも、茶園＼前掲行為主体は、差止請求に服する者を直接侵害者に限定し、保護の実効性を確保するうえで行為主体性を認める必要

性が高く、その者が負担する責任が過重なものとならない場合には、その者を侵害主体と解してよいとする。

*25 直接侵害の外形を有する行為につき、著作権法が権利行使の制限規定を限定列挙している以上、その行為によって利益を受ける者がいたところで、その者が問責されるいわれはないという指摘があるかもしれない。しかし、法が法定の利用行為に禁止権を設定することで、権利者に他者の利用行為を許諾する機会を与えている理由は、容易に対価を還流させる手段を著作者に与えて、創作活動のインセンティヴをさらに増大させるところにある(田村＼前掲著作権法概説二版５頁)。著作物の利用形態が多様化すれば、それだけ著作物の利用価値も増大したのであるから、それに応じた対価を権利者に還流させ、より大きなインセンティヴを与える発想にも合理性を認めることができよう(田村善之『著作権法概説』(有斐閣、初版、1998年)149頁)。

*26 田村＼前掲著作権法概説二版178頁参照。

*27 ファイルローグのように中央サーバを介することなく、ファイル交換を行うことができる技術も既に普及している(gnutella、kazaa、winMX、winny など。そのような技術を用いたソフトウェアを提供することの是非については、米国において既に裁判例が存在する（作花文雄「非中央管理型 P2P ソフトの提供者の法的責任」コピライト508号(2003年)43頁参照。)。)。そのような技術を用いたソフトウェアの提供に関しては、前掲東京地判［ファイルローグ著作権(中間判決)］のように侵害擬制説によって差し止めることは困難であるといわざるを得ない。いったんソフトウェアがインストールされてしまえば、その後の個々の自動公衆送信および送信可能化にはソフトウェアの拡布者は一切関与しないからである。このような事例は、まさに差止拡大説による差止めが妥当する好例である。差止めの内容としては、当該ソフトウェアに MP3ファイルの送受信を制限する機能を付加する等が考えられよう。もっとも、中央サーバを介さなくても末端のユーザのハードディスクの内容を検索することができるということは、個々の送信可能化行為を探知しうることを意味しており(田村善之「効率性・多様性・自由―インターネット時代の著作権制度のあり方」同『市場・自由・知的財産　21世紀 COE 知的財産研究叢書(1)』219頁(有斐閣、2003年)235頁参照。)、そのような場合には、ソフトウェアに付加する制限の内容を具体的に特定したとしても、実現不可能な差止めとはならないとおもわれる。但し、winny では、複数のユーザーが当該ファイルの一部を送信し(送信されるのは、個々のユーザーが有している「cache フォルダ」と呼ばれるフォルダに蔵置された暗号化されたファイルである。ユーザーが winny を起動しネットワークに接続した段階で、自動的に他のユーザーから暗号化されたファイルを自らの「cache フォルダ」に受信し、同時に、他のユーザーの「cache フォルダ」に暗号化されたファイルを送信している状態になる。)、受信者側でそれらのファイルを組み合わせ、暗

号化を解除して一つのファイルを構成して当該ファイルを得るという手順でファイル交換が行われるため、個々のファイルの送信行為を捕捉することは不可能であるとされている(winny におけるファイル転送の仕組みにつき、Tips 管「winny とは」<http://www.nan.sakura.ne.jp/winny/page/winny_info.htm>同『Winny Tips ページ』<http://www.nan.sakura.ne.jp/winny/>参照。)。

*28 注11および注13参照。

*29 中山信弘「(東京地判昭和59．３．29判タ525号305頁［貸レコード］)判批」池原季雄＝斉藤博＝半田正夫編『著作権判例百選』(有斐閣、初版、1987年)207頁は、たとえ私的複製といえども、それが大量に為され、著作権者の利益を害する場合には、違法と考えることも可能であるとする。

*30 また、著作物利用の手段の提供ではないが、旧来から存在する書籍の中古販売（古書販売）など著作物の中古販売に関しても、なんらかの法規制を設けるべきであるとの主張が業界から為されている。このような主張の背景には、著作物の中古販売が新品の市場を侵食している現状を危惧する業界の思惑があると思われる。たとえば、古書販売と新品の図書の販売は、従来は市場の棲み分けが為されていた。しかし、近年、比較的大規模な店舗でリフレッシュした古書を販売する古書店が現れた（いわゆる「新古書店」。また、新古書店でリフレッシュされた古書を、従来の古書と区別する意味で「新古書」と呼ぶことがある。)。しかも、そのような新古書店はチェーン展開をしていることが多く、店舗間で古書の在庫の融通が可能であり図書の品揃えも一定している。このような古書店の存在は、小規模の書店の脅威となるばかりか、新品の図書の売り上げにとっても無視できないものとなっている。

*31 文献複写機器の普及に伴い、大量の私的複製が容易に行われるようになった結果、書籍の売り上げが減退し、著作物の創作活動に支障が生じる事態が現に生じていることを指摘するものとして、田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号(2003年)124頁参照。

*32 半田正夫「貸レコードと著作権」同『著作物の利用形態と権利保護』(一粒社、1989年)81頁、岡邦俊「(東京地決昭和59．４．６判タ525号314頁［クリスタル］)判批」同『著作権の法廷』(ぎょうせい、1991年)6、20頁、田村＼前掲著作権法概説二版125頁。一定の結論を示した裁判例として、前掲東京地決［クリスタル］、高松地決昭和59．12．14判タ541号286頁［コム］がある。しかし、いずれも、店頭でレコードの複製を行っていた貸しレコード店に対して、複製権侵害を認めるに止まる。

*33 著作権法の改正に先立ち、1983年に「商業用レコードの公衆への貸与に関する著作者等の権利に関する暫定措置法」が制定された。この法律は、ユーザーにおける私的複製を通して、間接的には複製権を侵害するものと構成する(角田＼前掲間接侵害理論33頁)。

*34 貸与権が創設された後も、書籍・雑誌の貸与については、当分の間の措置とし

て、貸与権が働かないこととされた（附則第４条の２）。貸本業が我が国で長い歴史を持ち、これまで自由に行われてきたという経緯があり、社会的にも定着している業であったことから、関係者の理解を得られにくい状況にあったこと、貸本業が大きな経済的利益をあげているという実態になく、貸本業の存在により本の売れ行きが大幅に減少するといった、著作権者の経済的利益が不当に害される事態が生じているという状況にはなかったこと、仮に貸本にも権利が働くこととした場合においても貸本業者は権利者の許諾を容易に得ることができる集中管理体制が整っていなかったこと、などがその理由として説明されている。しかし、最近登場している「レンタルブック店」は、主に「レンタルビデオ店」がビデオからＤＶＤのレンタルへの移行に伴いできた空きスペースを利用して、書籍等（コミックスが中心）のレンタルを行っている。「レンタルブック店」は、従来の貸本店とは異なり、人気のあるコミックやベストセラーの書籍を大量に品揃えし、レンタルビジネスを大規模に展開している。そのような店の出現により、「書籍・雑誌の貸与」に係る暫定措置が設けられた当時とは大きく環境が変化し、書籍等の貸与による著作権者への経済的影響は大きくなってきている。このため、附則第４条の２を廃止する法案が平成16年３月５日に国会に提出され、第159回国会で成立する見通しとなっている（文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「『書籍・雑誌等の貸与』に係る暫定措置の廃止」『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会報告書』<http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/04011402.htm>参照。）。

*35 この事件の評釈として、辻田芳幸「判批」コピライト472号(2000年)39頁、椙山敬士「判批」斉藤＝半田＼前掲著作権判例百選3版172頁、矢吹公敏「判批」CIPICジャーナル108号39頁(2001年)、泉克幸「判批」判時1773号(判評518号)186頁(2002年)、松岡康治＝黒河内明子「判批」パテント55巻７号(2002年)69頁参照。

*36 実際には放送事業者は詳細な放送スケジュールを受信者に事前に知らせ、しかも多チャンネルで同時に複数の楽曲をフルコーラスで放送していた。レコード制作者は、この放送を実質的には送信可能化(自動公衆送信)と同一の行為であると評価したため、そのような行為を禁止することが本件の訴訟の動機であったと思われる。しかし、レコード制作者には公衆送信権は認められていない(著作権法96条の２で送信可能化のみ認められている。）ため、レコード制作者は、当該放送が受信者による複製を惹起することを捉えて複製権侵害を主張せざるを得なかったのではなかろうか（安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス　実践編　2nd Edition』(リットーミュージック、2002年)128頁参照)。

*37 松岡－黒河内＼前掲東京地判［スターデジオＩ］判批72頁。

*38 鎌田＼前掲民法理論56頁。